Die Abtretung des Anspruchs auf Gewährung eines Darlehens.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Wilhelm Ehrlich

Gerichtsassessor.

R N B

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1913.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Geh. Justizrat Prof. Dr. Fischer.

Dem Andenken
meines Bruders Georg!

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	Der Anspruch auf Gewährung eines Darlehens, seine Entstehung und sein Ziel	1
§ 3.	Das Darlehen, Real- oder Konsensualvertrag?	3
§ 4.	Die Abtretung des Anspruchs aus dem Darlehensversprechen als dem Vorvertrage zum Realvertrage	19
§ 5.	Die Abtretung des Anspruchs aus dem Konsensualdarlehensversprechen	28
§ 6.	Die Pfändbarkeit des Anspruchs aus dem Darlehensversprechen	31
	Anhang: Der Widerruf des Darlehensversprechens nach § 610 BGB.	33
§ 7.	Ergebnis	36

Literaturverzeichnis.

Affolter, Das verzinsliche Darlehen. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 26.

Böhmer, Der Erfüllungswille. München 1910.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem Recht und heutigem Reichsrecht. Freiburg 1897.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. 3. Aufl.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1./2. Aufl.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6.—8. Aufl.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 7. Aufl.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1903.

Hohenstein, Zur Darlehenslehre nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Erlanger Diss. 1907.

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1906.

Kohler, Das Konsensualdarlehen. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 2.

Klemperer, Zu § 607 Abs. 2 BGB. In Gruchots Beiträgen Bd. 43.

Lammfromm, Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag. Leipzig 1897.

Lübbert, Der Kreditvertrag. In Iherings Jahrbüchern Bd. 52.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. 1907.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 2.

Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen. In Iherings Jahrbüchern Bd. 52.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7./8. Aufl.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse.

Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts. 1906.

Schloßmann, Über den Vorvertrag usw. In Iherings Jahrbüchern Bd. 45.

Storch, Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehensvertrag.

Thöl, Handelsrecht. 5. Aufl.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten. 8. Aufl.

Weitere Literatur siehe im Text.

§ 1.

Einleitung.

Die Frage nach der Abtretbarkeit des Anspruchs auf Gewährung eines Darlehens ist für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ebenso bestritten wie früher für das gemeine Recht.

Die herrschende Ansicht verneint diese Frage. Sie beruht auf der Auffassung des Darlehens als eines Realvertrages.

Die entgegengesetzte Ansicht läßt die Abtretbarkeit zu; sie beruht auf der Auffassung des Darlehens als eines Konsensualvertrages.

Im Rahmen dieser Arbeit soll die Entscheidung nur für das jetzt geltende Recht gefunden werden.

§ 2.

Der Anspruch auf Gewährung eines Darlehens, seine Entstehung und sein Ziel.

Der Anspruch auf Gewährung eines Darlehens setzt ein Schuldverhältnis voraus, und zwar einen Vertrag. Dies folgt aus dem allgemeinen Grundsatze des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß zur Entstehung einer Verbindlich-

keit auf Grund einer Willenserklärung regelmäßig ein Vertrag erforderlich ist. Nur in Ausnahmefällen, beim Stiftungsgeschäft (§§ 80 ff.), der Auslobung (§ 657) und der Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 793) genügt die Willenserklärung einer Person, um eine wirksame Verbindlichkeit zu erzeugen.

In der Regel wird das Versprechen, ein Darlehen gewähren zu wollen, auf einen Vertragsantrag desjenigen erfolgen, der ein Darlehen aufzunehmen wünscht. In diesem Falle bedarf die Zusage eines Darlehens nicht der Annahme durch den Versprechensempfänger. Ist dagegen dem Versprechen der Gewährung eines Darlehens kein entsprechender Vertragsantrag vorausgegangen, so bedarf das Darlehensversprechen zu seiner rechtlichen Wirksamkeit auch der Entgegennahme und Annahme durch den Versprechensempfänger.

Das Ziel des Anspruchs des Versprechensempfängers gegen den Versprechenden ist je nach der Beurteilung, die dem Darlehensversprechen beizumessen ist, verschieden.

Ist das Darlehensversprechen der Vorvertrag zu dem Darlehensvertrage, so kann der Anspruch aus dem Darlehensversprechen nur auf den Abschluß des realen Darlehensvertrages gerichtet sein, d. h. auf Hingabe der vereinbarten Summe als Darlehen unter gleichzeitiger Verpflichtung des Darlehensempfängers, sie zurückzuzahlen.

Ist dagegen das Darlehensversprechen als der Darlehensvertrag selbst aufzufassen, so ist der Anspruch aus

dem Darlehensversprechen schlechthin auf Zahlung der Darlehenssumme gerichtet.

Aus der Verschiedenartigkeit des Anspruches bei der einen oder anderen Auffassung des Darlehensversprechens ergeben sich verschiedene Rechtsfolgen hinsichtlich der Abtretbarkeit dieses Anspruchs, wie weiter unten zu erörtern ist.

§ 3.

Das Darlehen, Real- oder Konsensualvertrag?

Die Entscheidung der Frage, ob das Darlehensversprechen Vorvertrag zum Darlehensvertrag oder selbst Darlehensvertrag ist, hängt davon ab, ob das Darlehen als Real- oder als Konsensualvertrag anzusehen ist. Denn das Darlehensversprechen kann man wohl nur dann als Vorvertrag zum Darlehensvertrag ansehen, wenn man das Darlehen als Realvertrag auffaßt. Ist das Darlehen Konsensualvertrag, entsteht es also allein schon durch die bloße übereinstimmende Willenserklärung der Parteien, so erscheint die Auffassung, daß das Darlehensversprechen einen Vorvertrag zu einem erst später abzuschließenden Hauptvertrag darstelle, nicht als zutreffend. Denn Abgabe und Annahme des Versprechens würden in diesem Falle regelmäßig schon den Darlehensvertrag selbst darstellen.[1]) Zwar ist nicht in allen Fällen

---

[1]) Hohenstein, Zur Darlehenslehre nach BGB. S. 34; Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 8ff.

von Konsensualverträgen die Annahme eines Vorvertrages ausgeschlossen. Die diesbezügliche Ansicht von Storch und Förster-Eccius erscheint nicht als zutreffend.

Storch[1]) bemerkt, daß das pactum de contrahendo mit dem Hauptvertrage dann, wenn letzterer selbst ein Konsensualvertrag sei, wesentlich eins sei. Ähnlich sagt Förster-Eccius[2]): Von den sogen. Traktaten seien verschieden die vorbereitenden Verabredungen künftigen Geschäftsschlusses, pacta de contrahendo, welche, wenn sie schon Vereinbarungen geworden seien, gegenseitig bindend seien, und zwar dahin, daß der eigentliche Vertragsabschluß nachfolgen müsse. Daraus ergebe sich aber, daß derartige vorbereitende Verabredungen im heutigen Rechte, wo alle Verträge als Konsensualverträge aufgefaßt würden, ihre Bedeutung verloren hätten. Der vorbereitende und der Hauptvertrag fielen zusammen.

Diese Auffassung, die bei allen Konsensualverträgen die Möglichkeit von Vorverträgen verneint, geht meines Erachtens zu weit. Das beweist die Erfahrung des täglichen Lebens. Es dürfen weder logische noch juristische Bedenken der Annahme eines Vorvertrages, z. B. zu einem häufig erst abzuschließenden Kauf- oder Mietvertrage, entgegenstehen. Nur in gewissen Fällen erscheint die Annahme eines Vorvertrages zu einem Konsensualvertrage überflüssig. Ein derartiger Fall liegt aber vor, wenn man

---

[1]) Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehensvertrag S. 57.

[2]) Preuß. PrivR. Bd. 1 S. 443.

den Darlehensvertrag als Konsensualvertrag auffaßt, denn im praktischen Leben fällt ein derartiger Vorvertrag zu einem konsensualen Darlehensvertrag regelmäßig mit diesem zusammen.

Nach dem formenstrengen römischen Recht war das Darlehen, um es hier nur kurz anzudeuten, Realkontrakt,[1]) ebenso im deutschen Recht. Im gemeinen Recht trat an die Stelle der römischen Formenstrenge der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Nach diesem konnten die Parteien zum Gegenstand eines obligatorischen Vertrages machen, was ihnen beliebte, sofern nicht dadurch gegen ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen oder gegen die guten Sitten verstoßen wurde. Auch insofern brachte das gemeine Recht eine Änderung, als neben den Grundsatz der Vertragsfreiheit derjenige der Formenfreiheit trat. Wo nicht ausdrücklich die Beobachtung einer besonderen Form vorgeschrieben war, bedurfte der obligatorische Vertrag zu seiner Begründung keiner Form.

Die Grundsätze der Vertrags- und Formenfreiheit beherrschen auch das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von diesen Grundsätzen ausgehend hat insbesondere Kohler[2]) die Ansicht vertreten, daß es einen realen Darlehensvertrag nicht mehr gäbe. Der Darlehensvertrag sei vielmehr konsensual und komme allein durch die übereinstimmenden Willenserklärungen der Parteien zustande.

---

[1]) pr. J. III, 14: re contrahitur obligatio veluti mutui datione.

[2]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 2 S. 211 ff., Bd. 33 S. 1.

Seiner Lehre ist eine große Anzahl von Schriftstellern beigetreten.[1]) Das vertragsbegründende Moment ist nach dieser Theorie lediglich die Willensübereinstimmung der Parteien. Sind diese einig, daß eine bestimmte Geldsumme als Darlehen gegeben werden soll, so liegt bereits ein wirksames Darlehensverhältnis vor. Diese Theorie leugnet die rechtliche Möglichkeit eines Darlehensversprechens als eines besonderen vom Darlehen selbst verschiedenen Rechtsgeschäfts. Die Hingabe erfolgt nur solvendi causa, um den Darlehensvertrag zu erfüllen, nicht obligandi causa, um ihn zur Entstehung gelangen zu lassen. Die reale Hingabe ist nach ihr nur insofern von besonderer Bedeutung, als zur Begründung der Klage auf Rückerstattung die Behauptung der erfolgten Hingabe gehört. Die Vertreter dieser Theorie weisen darauf hin, daß sich die Hingabe auch bei der Miete, überhaupt bei allen Verträgen finde, die auf Rückgabe nach vorhergehender Hingabe abzielten. Ebenso wie bei der Miete die Pflicht zur Rückgabe nur entstehen könne, wenn die Mietsache dem Mieter vom Vermieter übergeben sei, ebenso sei Voraussetzung der Verpflichtung zur Rückgabe bei einem Darlehen die vorgängige Hingabe der Darlehensvaluta.

Dieser Theorie steht die Ansicht gegenüber, die trotz der im modernen Recht herrschenden Grundsätze der

---

[1]) Hohenstein, Zur Darlehnslehre nach BGB. S. 32; Schwemmler S. 25, 44; Storch a. a. O. S. 57, 72; Lübbert in Iherings Jahrb. Bd. 52 S. 313 ff.; Hoeniger im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 33 S. 291; Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 1 ff. und andere.

Vertrags- und Formenfreiheit daran festhält, daß das Darlehen ein Realvertrag sei.[1]) Ihr hat sich auch das Reichsgericht angeschlossen.[2]) Nach dieser Theorie kann aus einem Darlehensvertrage eine Verpflichtung zur Erfüllung nicht entspringen, sondern lediglich eine Verpflichtung zur Rückgabe des Darlehens. Hieraus folgt, daß, da nach dieser Theorie die Rückgabe ohne Hingabe nicht erfolgen kann, ein gültiger und wirksamer Darlehensvertrag so lange nicht vorliegt, als die Hingabe der Darlehensvaluta an den Darlehensempfänger noch nicht erfolgt ist. Das Darlehensversprechen ist demnach noch kein gültiger Darlehensvertrag. Damit soll aber nicht etwa gesagt sein, daß es den Parteien verwehrt sei, das Darlehensversprechen mit Rechtswirkungen auszustatten. Die Verneinung solcher Möglichkeit würde mit dem Grundsatze der Vertrags- und Formenfreiheit in Widerspruch stehen, denn das Bürgerliche Gesetzbuch hat davon abgesehen, in den „Einzelnen Schuldverhältnissen" gewissermaßen einen numerus clausus der obligatorischen Verträge aufzustellen. Es hat vielmehr jeder Vertrag

---

[1]) Oertmann Bd. 2 Vorbem. 2 vor § 607; Crome, System Bd. 2 § 247 Nr. 2b; Dernburg Bd. 2, 2 § 234 I S. 241; Eck-Leonhard, Vorträge § 83 S. 506; Kuhlenbeck in JurW. 1904 S. 377; Staudinger Bd. 2 Vorbem vor § 607; Planck Vorbem. vor § 607; Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 52 S. 410ff.; Fischer-Henle Bem. 3 zu § 607; Enneccerus-Lehmann Bd. 1 § 362; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 § 166 S. 608; Komm. d. RGRäte Bd. 1 Bem. 2 vor § 607 und andere.

[2]) Recht 1909 Nr. 2380/81.

als gültig zu gelten, sofern er nicht vom Gesetz verboten ist. Demgemäß kann es den Parteien nicht benommen sein, einen Vertrag des Inhalts zu schließen, daß sich der Versprechende verpflichtet, eine bestimmte Summe dem Versprechensempfänger als Darlehen zu gewähren. Dieser Vertrag ist aber nach der Realvertragstheorie kein Darlehensvertrag, er ist vielmehr ein selbständiges, von dem Darlehen unabhängiges Rechtsgeschäft. Er ist der Vertrag, dessen Inhalt auf den Abschluß eines erst künftigen Darlehensvertrages gerichtet ist; er stellt sich dar als Darlehensvertrag, als pactum de mutuo dando.

Die Frage, ob nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs das Darlehen als Real- oder Konsensualvertrag aufzufassen ist, wird vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mit Ausdrücklichkeit entschieden.

Das Gesetz enthält keine Bestimmung, aus der unmittelbar die rechtliche Natur des Darlehens zu entnehmen wäre. Die Motive[1]) bemerken, daß mit der Fassung des Wortlautes des § 607 BGB. eine Definition des Begriffs des Darlehens nicht habe gegeben werden sollen, weil der Darlehensbegriff sich im Rechtsleben eingebürgert habe und daher eine Definition entbehrlich erscheine. Es bestehe auch kein Bedürfnis, in Erledigung des wissenschaftlichen Streites den Darlehensvertrag als einen Konsensualvertrag zu bezeichnen. Es sei vielmehr eine Fassung zu wählen, die zum Ausdruck bringe, daß

---

[1]) Mot. Bd. 2 S. 306.

die Erstattungspflicht notwendig den vorhergehenden Empfang des Darlehens voraussetze.

Hat sich hiernach auch das Bürgerliche Gesetzbuch ausdrücklich weder auf den Boden der Real-, noch auf denjenigen der Konsensualkontraktstheorie stellen wollen, so scheint doch die letztere Bemerkung insofern mehr für die Annahme der Realvertragstheorie zu sprechen, als sie die Erstattungspflicht von dem vorhergehenden Empfang des Darlehens abhängig macht.

Aus dem Wortlaute des § 607 BGB. wird man keinen unmittelbaren Schluß darauf ziehen können, ob das Gesetz das Darlehen als Real- oder Konsensualvertrag ansieht, denn der Wortlaut dieser Vorschrift betrifft die Verpflichtung des Empfängers, nachdem der Darlehensvertrag zustande gekommen ist. Sie betrifft aber keineswegs das Zustandekommen des Vertrages selbst. Auch aus dem Umstande, daß der Gesetzgeber im Gegensatz zum Darlehen bei andern Verträgen, z. B. beim Kauf- oder Mietvertrage, von einer Pflicht zur Übergabe spricht oder sonst eine Regelung der Rechtsbeziehungen vor der Übergabe trifft, kann m. E. noch nicht notwendig gefolgert werden, daß das Darlehen ein Realvertrag ist. Gleichwohl wird man mittelbar aus dem Wortlaut einen Anhalt dafür gewinnen können, was der Gesetzgeber gewollt hat.

Die Hingabe von seiten des Darlehensgebers muß als „Darlehen" erfolgt sein. Sie muß ferner, wenn dies das Gesetz auch nicht besonders zum Ausdruck bringt,

regelmäßig in das Eigentum des Darlehensempfängers erfolgen, oder es muß doch wenigstens derselbe wirtschaftliche Erfolg hergestellt sein, z. B. wie beim Darlehen mittels Überweisung auf Girokonto oder Einzahlung auf das Bankkonto des Empfängers.[1]) Die Hingabe verfolgt in der Regel das Interesse des Empfängers, nicht dasjenige des Gebers. Der Empfänger wird durch die Eigentumsverschaffung in den Stand gesetzt, über die Darlehensvaluta zu seinem Nutzen und nach seinem Bedarf zu verfügen. Daß die Hingabe in das Eigentum des Darlehensempfängers zum Begriff des Darlehens erforderlich ist, zeigt auch der Umstand, daß der 1. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Anschluß an das römische Recht[2]) im § 453 Abs. 2 die Bestimmung enthielt: Ist der Empfänger durch die Darleihung nicht Eigentümer geworden, so ist der Darlehensanspruch gegen ihn nicht begründet. Diese Bestimmung wurde zwar in der 2. Kommission gestrichen,[3]) aber nur deshalb, weil sie wegen des wirtschaftlichen Zwecks des Darlehens sich von selbst verstand. Hiernach ergibt sich, daß dort, wo kein Eigentum an dem Gegenstande des Darlehens für den Empfänger begründet oder nicht wenigstens derselbe wirtschaftliche Erfolg hergestellt wird, kein Darlehensvertrag zustande gekommen ist. Hieraus folgt aber weiter, daß der Empfang als Darlehen zum Zwecke der

---

[1]) Oertmann S. 652 Vorbem. 4 vor § 607.

[2]) l. 2 § 2 D. 12, 1: si non fiat tuum, non nascitur obligatio.

[3]) Prot. Bd. 2 S. 42.

Eigentumsverschaffung oder der freien Verfügung über den Darlehensgegenstand die Voraussetzung des Darlehens ist. Das Entstehen des Darlehensvertrages ist also an die „Hingabe“ geknüpft.

Aus dem oben erwähnten Umstande, daß ein Darlehen auch durch indirekte Verschaffung des Geldwertes gewährt werden kann, z. B. durch Übergabe einer Sache mit der Ermächtigung, sie zu verkaufen und den Erlös als Darlehen zu behalten, will Schloßmann[1]) ein Argument entnehmen, welches gegen die Annahme des Darlehens als eines Realvertrages spricht. Dies trifft aber m. E. nicht zu, denn die reale Hingabe ist nicht im Sinne einer Vertragsform, sondern als Tatbestandsmerkmal des Darlehens erforderlich. Es genügt, wenn die Darlehensvaluta materiell in das Vermögen des Empfängers überführt wird. Schloßmann[2]) weist ferner auf die Bestimmung des § 607 Abs. 2 BGB. hin. Allerdings scheint diese Vorschrift für die Annahme zu sprechen, daß schon eine bloße Vereinbarung genüge, um einen Darlehensvertrag zu begründen. Es darf hierbei aber nicht übersehen werden, daß es sich lediglich um eine Vereinbarung zwischen Personen handelt, die bereits im Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner stehen. Sie können vereinbaren, daß eine bereits bestehende Schuld von nun an eine Dahrlehensschuld sein solle.

---

[1]) **Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 44.**

[2]) **a. a. O. S. 45.**

Dann beruht die Dahrlehensschuld auf der bisherigen Schuld. Die Sachlage ist so zu behandeln, wie wenn wirklich ein Darlehen im Sinne des § 607 Abs. 1 gegeben wäre; die Hingabe ist gewissermaßen durch brevi manu traditio erfolgt. Der Schuldner soll das Geld, das er z. B. aus einem Kaufe schuldet, und das er dem Gläubiger als Kaufpreis zu erstatten verpflichtet ist, von diesem sofort als Darlehen zurückerhalten. Zur Vereinfachung behält er das Geld und schuldet es fortan als Darlehen. Da das Darlehen nach § 607 Abs. 2 rechtswirksam nur entstehen kann, wenn die alte Schuld tatsächlich bestand, so kann von einer selbständigen Neubegründung einer Schuld nicht die Rede sein. Der Gläubiger, der eine nach § 607 Abs. 2 entstandene Darlehensschuld einklagt, hat regelmäßig zu behaupten und im Streitfalle zu beweisen, daß die alte Schuld wirklich bestanden hat. Nur wird man im Zweifel im Umwandelungsvertrage zugleich ein die Beweislast umkehrendes Geständnis des Bestandes der alten Schuld erblicken können.[1])

Da es sich hiernach im Falle des § 607 Abs. 2 BGB. gar nicht um eine selbständige Neubegründung eines Darlehensvertrages handelt, so kann auch nicht aus dieser Vorschrift geschlossen werden, daß das Darlehen lediglich auf Grund übereinstimmender Willenserklärungen der

---

[1]) Oertmann Bd. 2 S. 658 N. 4 zu § 607; RG. bei Gruchot Bd. 49 S. 910 ff.

Parteien begründet werden kann. § 607 Abs. 2 knüpft somit in gleicher Weise wie die Vorschrift des § 607 Abs. 1 die Entstehung des Darlehensvertrages an eine „Hingabe“.

Die Vertreter beider Theorien berufen sich für die Richtigkeit der von ihnen vertretenen Meinungen auf die Verkehrsanschauung.[1]) Es ist daher zu prüfen, nach welcher Richtung die Verkehrsanschauung hin neigt.

Die Vereinbarung zwischen zwei Personen, von denen die eine der andern ein Darlehen verspricht, begründet für den Versprechenden die Verpflichtung, das Darlehen hinzugeben. Es kann ferner vereinbart sein, daß der Versprechensempfänger sich zur Empfangnahme der Dahrlehenssumme verpflichtet. Wo es an dieser Verpflichtung des Versprechensempfängers fehlt, hat der Versprechende keine andere Absicht, als dem Versprechensempfänger eine Gefälligkeit zu erweisen. Ihm ist es gleichgültig, ob der Versprechensempfänger die Hergabe des Geldes fordert oder nicht. Er hat keinen Nachteil davon, wenn er sein Geld behält. Er kann deshalb auch kein Interesse daran haben, daß der Versprechensempfänger zur Empfangnahme des Geldes verpflichtet ist. Anders ist es, wenn sich der Versprechensempfänger zur Zahlung fest vereinbarter Zinsen oder zu anderen Gegenleistungen, z. B. zur Bestellung einer Hypothek zu=

[1]) Kohler im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 2 S. 229; Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 371 § 53.

gunsten des Versprechenden, die für diesen eine Kapitalsanlage darstellen soll, verpflichtet. In diesem Falle ist ein wirtschaftliches Interesse des Versprechenden an der Abnahme des Geldes gegeben. Der Versprechensempfänger kann zwar zur Abnahme des Geldes nicht gezwungen werden, aber der Versprechende kann von ihm gegebenenfalls Ersatz des Schadens verlangen, der ihm infolge des Abnahmeverzuges entstanden ist.

Hätten die Vertreter der Konsensualkontraktstheorie mit ihrer Meinung recht, daß der Darlehensvertrag bereits mit der bloßen Willensübereinstimmung der Parteien zur Entstehung gelange, ohne daß es noch der Hingabe der Darlehensvaluta bedürfte, so müßte sich in den oben erwähnten Fällen des Darlehensversprechens die Verkehrsanschauung ergeben, daß bereits mit der Zusage des Darlehens der Versprechensempfänger zur Rückgabe der künftig erst hinzugebenden Darlehensvaluta verpflichtet ist. Denn die Verpflichtung zur demnächstigen Rückgabe des Empfangenen, wenn diese auch erst nach mehr oder weniger langer Zeit erfolgen soll, ist eine wesentliche Verpflichtung aus dem Darlehensvertrage. Dies trifft aber keineswegs zu. Denn für den Fall, daß der Versprechende lediglich aus Gefälligkeit die Hergabe des Darlehens zugesagt und der Versprechensempfänger sich zur Abnahme nicht verpflichtet hat, kann von einer Rückgabeverpflichtung, die bereits mit Abgabe und Annahme des Versprechens begründet wird, keine Rede sein. Denn wenn der Versprechensempfänger sich nicht einmal

zur Abnahme des Geldes verpflichten wollte, kann es um so weniger in seiner Absicht gelegen haben, sich zur Rückgabe zu verpflichten. Man könnte einwenden, daß die Verpflichtung zur Rückgabe bedingt sei durch die Annahme der Darlehensvaluta. Dann kann aber die Verpflichtung zur Rückgabe erst mit dem Eintritte der Bedingung, d. h. mit der Abnahme der Darlehensvaluta, wirksam werden. Solange die Abnahme nicht erfolgt ist, kann deshalb auch keine wirksame Verpflichtung zur Rückgabe bestehen. Damit aber fehlt es an der wesentlichen Verpflichtung aus dem Darlehensvertrage.

Sowenig bei dem Darlehensversprechen ohne Abnahmepflicht eine Verpflichtung des Versprechensempfängers zur Rückgabe bereits mit Abgabe und Annahme des Versprechens besteht, so wenig besteht sie auch in dem Falle, daß der Versprechensempfänger sich zur Abnahme der Darlehensvaluta verpflichtet hat. Der Versprechende will in diesem Falle verpflichtet sein, an dem vereinbarten Termine die Valuta auszuzahlen; der Versprechensempfänger will verpflichtet sein, am vereinbarten Termine das Geld in Empfang zu nehmen und die vereinbarte Gegenleistung zu bewirken. Darüber hinaus geht sein Verpflichtungswille nicht. Er will keineswegs bereits mit Abgabe und Annahme des Versprechens verpflichtet sein, das Darlehen zurückzuzahlen. Dieser Wille entsteht erst, wenn die Hingabe der Valuta erfolgt ist. Auch hier würde, wenn man annehmen wollte, daß von vornherein der Verpflichtungswille auf Rückgabe gerichtet ist, doch

diese Verpflichtung erst mit dem Eintritte der Bedingung, d. h. mit der Hingabe der Valuta, wirksam werden. Solange diese nicht erfolgt ist, kann auch von einer wirksamen Verpflichtung zur Rückgabe keine Rede sein.

Der Versprechensempfänger kann somit erst vom Zeitpunkte des Empfanges an zur Rückgabe verpflichtet sein. Der Versprechende aber erleidet dadurch, daß nicht von vornherein schon mit Abgabe und Annahme des Versprechens die Verpflichtung zur Rückgabe besteht, auch keinerlei Nachteil, da seinem Interesse zur Genüge gedient ist, wenn erst bei Hingabe der Valuta die Verpflichtung zur Rückgabe begründet wird. Zwar wird diese Verpflichtung nicht immer ausdrücklich erst bei der Hingabe übernommen werden, so z. B. wenn auf Grund des Versprechens dem Versprechensempfänger die Valuta zugesandt wird. Die Verpflichtung zur Rückgabe der Valuta ist aber, wie wiederholt betont, wesentliches Erfordernis eines Darlehens; sie muß also gegeben sein, wenn überhaupt ein Darlehen angenommen werden soll. Wenn nun nach der Zusendung der Valuta der Empfänger keine besondere Verpflichtungserklärung auf Rückzahlung der Valuta abgibt, und vorher mit Abgabe und Annahme des Versprechens noch keine Verpflichtung auf Rückzahlung begründet ist, so würde daraus folgen, daß überhaupt kein Darlehensvertrag zustande gekommen ist und auf Grund eines Darlehensvertrages eine Verpflichtung des Empfängers überhaupt nicht besteht. Dies würde allerdings mit der Verkehrssitte in Widerspruch

stehen. Diese nimmt nämlich in diesem Falle an, daß mit Hingabe der Valuta ein wirksames Darlehen zustande gekommen und der Empfänger auf Grund des Darlehensvertrages zur Rückzahlung verpflichtet ist. Wenn nun nach Empfang keine besondere Verpflichtungserklärung abgegeben ist, solche aber zur Begründung der Rückgabeverpflichtung erforderlich ist, so kann nur angenommen werden, daß die Übernahme dieser Verpflichtung in der Annahme des Darlehensversprechens liegt; aber diese Verpflichtung besteht doch nur unter der Bedingung, daß die Hingabe der Valuta erfolgen wird. Man wird deshalb auch in diesem Falle eine von vornherein mit Abgabe und Annahme des Versprechens wirksame Verpflichtungserklärung zur Rückgabe nicht annehmen können.

Das Ergebnis ist also das, daß nach der Verkehrsanschauung keineswegs mit Abgabe und Annahme des Darlehensversprechens zugleich die Verpflichtung des Versprechensempfängers zur Rückgabe der Darlehensvaluta begründet wird.

Schließlich ist noch in Betracht zu ziehen, daß im § 610 BGB. ausdrücklich von dem Darlehensversprechen die Rede ist. Diese Bestimmung steht im ausgesprochenen Gegensatz zur Vorschrift des § 607 BGB. Aus dieser Gegenüberstellung in Verbindung mit den oben vertretenen Gründen folgt, daß das Darlehen nicht als Konsensualvertrag anzusehen ist. Aus dem Umstande, daß die Verpflichtung zur Rückgabe die vorherige Hingabe als Dar-

lehen voraussetzt, ist vielmehr der Charakter des Darlehens als Realvertrag zu schließen.

Daraus aber folgt, daß das Darlehensversprechen als Vorvertrag zum Darlehenshauptvertrag anzusehen ist.

Der Ausdruck „Vorvertrag" ist zuerst von Thöl[1]) gebraucht worden. Er bezeichnet als Vorvertrag einen Vertrag vor einem Vertrage, d. h. einen Vertrag, der den Inhalt hat, daß ein Vertrag geschlossen werden soll, einen gegenwärtigen Vertrag, der den Abschluß eines künftigen Vertrages zum Gegenstande hat. Aus dem Ausdruck „Vorvertrag" ergibt sich aber keineswegs die soeben bezeichnete Begriffsbestimmung. Der Ausdruck betrifft nur die zeitliche Aufeinanderfolge zweier Verträge, läßt aber nicht das Wesentliche des Begriffs hervortreten, nämlich daß es sich um einen Vertrag handelt, der die Verpflichtung, einen zweiten, später nachfolgenden Vertrag abzuschließen, enthält. Diesem Begriffe entspricht mehr die Bezeichnung pactum de contrahendo.

Über den Vorvertrag in dem eben bezeichneten Sinne enthält das Bürgerliche Gesetzbuch keine Bestimmung. Die Motive[2]) bemerken, es sei von einer allgemeinen Regelung des Vorvertrages mangels hinreichenden Bedürfnisses abgesehen. Aus dem Schweigen des Gesetzes über den Vorvertrag ist deshalb keineswegs zu schließen, daß das Gesetz die Annahme des Vorvertrages aus-

---

[1]) HR. Bd. 1 Abt. 2 § 246 Anm. 4.

[2]) Bd. 1 S. 178.

schließt.[1]) Vielmehr ist die Feststellung des Begriffs und die Festellung, welche Ansprüche er erzeugt, der Wissenschaft überlassen. Daß seine Existenz anzuerkennen ist, zeigt die Erfahrung des täglichen Lebens. Es ist m. E. nicht richtig, wenn Schloßmann[2]) bemerkt, daß ein Vorvertrag in dem oben bezeichneten Sinne nicht existiere. Der Vorvertrag ist gerichtet auf den Abschluß des Hauptvertrages. Der Darlehensvorvertrag hat demnach den Abschluß des realen Darlehensvertrages zum Ziele. Der Abschluß des realen Darlehensvertrages aber vollzieht sich durch das reale Moment der Hingabe der Darlehensvaluta und durch das konsensuale Moment der Einigung darüber, daß die Valuta als Darlehen gegeben und empfangen wird. In dieser Einigung liegt zugleich die Übernahme der Verpflichtung des Empfängers zur Rückerstattung. Der Anspruch des Versprechensempfängers aus dem Darlehensversprechen ist also demnach auf Vornahme der beiden oben bezeichneten realen und konsensualen Momente seitens des Versprechenden gerichtet.

§ 4.

Die Abtretung des Anspruchs aus dem Darlehensversprechen als dem Vorvertrage zum Realvertrage.

Mit der Feststellung eines Anspruchs aus dem Darlehensversprechen müßte eigentlich dessen Abtretbarkeit

---

[1]) Gegen die Zulässigkeit eines Vorvertrages ist z. B. Affolter im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 3/4.

[2]) Schloßmann in Jherings Jahrb. Bd. 45 S. 1ff.

Hand in Hand gehen, da grundsätzlich jeder Anspruch von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem andern auf diesen übertragen werden kann (§ 398 BGB.).

Mit diesem Satze ist aber nur eine Regel aufgestellt, deren Ausnahmen in den §§ 399, 400 BGB. festgestellt sind, abgesehen von einigen weiteren Ausnahmen. Von den hierin enthaltenen Gründen kommt nur der erste Halbsatz des § 399 in Betracht. Darnach kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes erfolgen kann.

Geht man von dieser Gesetzesbestimmung aus, so kann jedenfalls der Anspruch des Versprechensempfängers gegen den Versprechenden nicht in der Weise an einen Dritten abgetreten werden, daß dieser Dritte an Stelle des Versprechensempfängers in dessen Rechtsstellung dem Versprechenden gegenüber eintritt, denn die Abtretung würde den Dritten berechtigen, an Stelle des Versprechensempfängers den realen Darlehensvertrag mit dem Versprechenden abzuschließen. Der Dritte würde also durch die an ihn erfolgende Hingabe der Valuta zum Darlehensschuldner des Versprechenden werden und zur Rückzahlung des Darlehens an Stelle des Versprechensempfängers verpflichtet sein. Wollte man dies zulassen, so wäre der das Darlehen Versprechende in die Hand einer möglicherweise ihm unbekannten und kreditunwürdigen Person gegeben, welcher er das Darlehen anvertrauen müßte. Er hätte unter Umständen nicht

einmal das Widerrufsrecht aus § 610 BGB., denn diese Vorschrift setzt voraus, daß eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles nach Abgabe des Darlehensversprechens eingetreten sein muß. Ist aber der neue Gläubiger, dem abgetreten ist, bereits zur Zeit der Abgabe des Versprechens kreditunwürdig gewesen, so würde nach § 610 BGB. das Versprechen nicht widerrufen werden können. Dieses Ergebnis kann aber nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben. Gerade beim Darlehensvertrage ist die Persönlichkeit des Darlehensschuldners, sein Ruf, seine Kreditwürdigkeit von besonderer Bedeutung, wie dies ja das Gesetz selbst durch die Aufnahme der Bestimmung des § 610 zu erkennen gegeben hat. Die Persönlichkeit des Gläubigers aus einem Darlehensversprechen ist wesentlich für die Abgabe des Versprechens überhaupt; sie ist Teil des Inhalts des Versprechens, da mit dessen Erfüllung der Gläubiger aus dem Versprechen zum Schuldner aus dem Darlehensvertrage wird. Die Veränderung in der Person des Gläubigers aus dem Versprechen würde eine Veränderung der Leistung des Schuldners aus dem Darlehensvertrage bedeuten, weil die Erfüllung des Versprechens die Verpflichtung zur Rückzahlung des Darlehens begründet, diese aber in einer anderen Person als derjenigen des Gläubigers aus dem Versprechen entstehen würde.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß auf Grund des § 399 BGB. die Abtretung des Anspruchs aus dem Darlehensvorvertrage in dem Sinne, daß der neue

Gläubiger in vollem Umfange auch hinsichtlich der Rückgabepflicht an die Stelle des bisherigen tritt, unzulässig ist. Hierüber besteht auch kein Streit.[1])

Fraglich aber ist es, ob nicht von dem Anspruch aus dem Darlehensversprechen in dem oben bezeichneten Umfange der bloße Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta zu trennen und der Abtretung fähig ist. Dies würde bedingen, daß mit der Auszahlung der Valuta an den Zessionar nicht dieser, sondern der Versprechensempfänger der Schuldner aus dem Darlehensvertrage wird. Die Bejahung der Frage nach der Abtretungsfähigkeit des bloßen Anspruchs auf Auszahlung der Darlehensvaluta würde voraussetzen, daß dem Versprechensempfänger der Anspruch auf Auszahlung der Valuta schlechthin zustehen müßte. Dies trifft aber keineswegs zu. Der Empfänger des Darlehensversprechens hat nur Anspruch darauf, daß ihm die Valuta als Darlehen, aber nicht schlechthin ausgezahlt werde, d. h. daß ihm nur zu zahlen ist gegen Übernahme der Verpflichtung aus dem Darlehensvertrage. Diese Verpflichtung ist aber, wie schon für das gemeine Recht [2]) anerkannt war, untrennbar mit dem Anspruch auf Auszahlung der Valuta

---

[1]) Oertmann Bd. 2 S. 309 N. 1 a δ zu § 399; Staudinger Bd. 2, 2 S. 1056 N. 1, 3 zu § 610; Planck Bem. 1 zu § 399 BGB.; OLGRspr. Bd. 13 S. 422; Seufferts Arch. Bd. 19 Nr. 35, Bd. 25 Nr. 19, Bd. 53 Nr. 99; Enneccerus-Lehmann Bd. 1, 2 S. 401 § 364 I, 1.

[2]) Seufferts Arch. Bd. 19 Nr. 35.

verbunden. Deshalb kann auch nicht der Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta losgelöst von der Verpflichtung aus dem Darlehensvertrage abgetreten werden.

Das Oberlandesgericht Oldenburg[1]) bemerkt zu dieser Frage folgendes:

Durch eine dieses Recht, den Anspruch auf Auszahlung der Summe, aus dem Vermögen des Zedenten völlig ausscheidende Zession würde der Anspruch in der Hand des Zessionars, getrennt von der doch keineswegs mit übertragbaren Verpflichtung, seine Natur so vollständig verändern, daß man die Zession überhaupt nicht für rechtlich möglich erachten könne. Das pactum de mutuo dando sei als präparatorischer Vertrag ganz untrennbar von den Personen, die sich zur Eingehung eines Darlehenskontraktes gegenseitig verabredet hätten, und die Klagebitte: daß Beklagter verurteilt werde, eine Geldsumme zum Darlehen zu geben, könne durchaus nicht in ihre Bestandteile als Recht und Verpflichtung zerlegt und getrennt werden.

Auf demselben Standpunkte steht das Reichsgericht in einer vor 1900 für das Rheinische Recht ergangenen Entscheidung. Es heißt dort[2]):

Ein Anspruch des Zessionars dahin, daß er lediglich ein eigenes Recht auf Auszahlung der Summe, der Zedent

---

[1]) Seufferts Arch. Bd. 19 (1861) Nr. 35 S. 59.

[2]) RG. Bd. 32 S. 366.

dagegen die Verpflichtung der Rückzahlung (nebst etwaiger Verzinsungspflicht) habe, könne nicht durch die Zession des Anspruchs aus einem bloßen Versprechen der Gewährung eines Darlehens an den Zedenten erworben werden, weil für den Zedenten selbst ein Recht, den Geldbetrag abgelöst von seiner Eigenschaft einer Hingabe credendi causa zu empfangen, aus jener bloßen Zusage der Gewährung eines Darlehens nicht entstanden sei, daher auch nicht ein solches losgelöstes Recht, also ein nacktes Recht auf Summenzahlung, übergegangen sein könne. In späteren Entscheidungen hat das Reichsgericht seinen grundsätzlichen Standpunkt, daß weder der Anspruch aus dem Darlehensversprechen in dem oben erwähnten Umfange, noch der Anspruch bloß auf Auszahlung der Valuta abgetreten werden könne, zwar nicht aufgegeben, es hält es aber zunächst für rechtlich möglich,[1]) daß im konkreten Falle, nach dem ausgesprochenen oder zu vermutenden Willen der Vertragschließenden, dem Versprechensempfänger auch eine andere, von diesem zu bestimmende Person als Empfangsberechtigter und künftiger Darlehensschuldner substituiert werden dürfe. Die Sache liege dann so, daß im Sinne des Vorvertrages die Leistung an einen andern als den ursprünglichen Gläubiger o h n e Veränderung ihres Inhaltes erfolgen könne; denn für den Inhalt der Leistungspflicht sei in erster Linie der Vertragswille der Parteien maßgebend.

---

[1]) RG. Bd. 66 (1907) S. 361.

In diesem Falle handele es sich bei der — von den Vertragschließenden im voraus in Aussicht genommenen — Zession um eine vollständige Übertragung des Gläubigerrechts aus dem Vorvertrage, also des Anspruchs auf Empfang des Geldes als Darlehen mit der Wirkung, daß hierdurch der Empfänger Darlehensschuldner werde.

Neben dieser Übertragung des Anspruchs aus dem Darlehensversprechen in dem soeben erwähnten Sinne läßt aber das Reichsgericht auch die Übertragbarkeit lediglich des Anspruchs auf Auszahlung der Darlehensvaluta zu. Es sei auch denkbar, so führt das Reichsgericht[1]) aus, daß eine Übertragbarkeit des Anspruchs in beschränkterem Umfange durch Vereinbarung der Vertragschließenden begründet werde, daß nämlich hiernach durch Auszahlung des Betrages seitens des Darlehensgebers an den Zessionar der Zedent Schuldner des Darlehensgebers werden, dem Dritten aber ein Recht auf die Auszahlung des Geldes an ihn verschafft werden solle.[2]) Allerdings will das Reichsgericht die Bedenken, denen es in der vorher zitierten Entscheidung im 32. Bande Ausdruck verliehen hat, nicht fallen lassen. Es hält es indes für unbedenklich, die rechtliche Wirksamkeit einer Parteivereinbarung anzuerkennen, nach welcher der Darlehensgeber sich dem Versprechensempfänger zur Auszahlung

[1]) RG. Bd. 66 S. 361.

[2]) RG. Bd. 38 S. 310 ff.; JurW. 1902 S. 143, 1907 S. 708, 1908 S. 676; Recht 1909 Nr. 1663; Bl. f. RA. Bd. 73 S. 964; Warneyer Erg.-Bd. 1909 Nr. 15 u. 402.

der Darlehensvaluta für Rechnung des letzteren an einen Dritten in dem Sinne verpflichte, daß dieser Dritte mit der Bestimmung von seiten des Darlehensnehmers unmittelbar das Recht erwerbe, die Auszahlung des Geldes zu fordern. Ein solcher Anspruch könne nicht bloß mittels Ausstellung und Annahme einer Anweisung (§ 784 BGB.), sondern auch durch eine von vornherein bei dem Vorvertrag zugunsten des Dritten getroffene Abrede (§ 328 BGB.) begründet werden.

Die Zulässigkeit der Abtretbarkeit des Anspruchs aus dem Darlehensversprechen sowohl in seinem ganzen Umfange als auch nur hinsichtlich des Anspruchs auf Auszahlung der Valuta wird also in der oben angeführten Entscheidung des Reichsgerichts an die Vereinbarung der Parteien im Vorvertrage angeknüpft. Da der Wille der Parteien für die Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen in erster Linie maßgebend ist, sofern er nicht gegen besondere gesetzliche Bestimmungen verstößt, kann es keinem Bedenken unterliegen, eine Parteivereinbarung des Inhalts für wirksam zu erachten, daß an die Stelle des Versprechensempfängers ein Dritter tritt, den auch die Verpflichtung zur Rückzahlung der Valuta treffen soll. Ebenso unbedenklich ist die Vereinbarung, daß die Auszahlung der Valuta an einen von dem Versprechensempfänger zu bestimmenden Dritten oder an einen von vornherein bestimmten Dritten mit der Wirkung geschehen soll, daß nicht der Dritte, sondern der Versprechensempfänger der Darlehensschuldner wird.

In einer weiteren Entscheidung hält das Reichsgericht[1]) grundsätzlich daran fest, daß der zukünftige Darlehensschuldner keinen Anspruch auf eine bestimmte Geldzahlung schlechthin abtreten könne, weil er einen solchen gar nicht habe. Dagegen habe er einen Anspruch auf Zahlung der bestimmten Geldsumme mit der Wirkung, daß er dafür Darlehensschuldner des Zahlenden werde, und es sei nicht einzusehen, weshalb er diesen Anspruch nicht sollte abtreten können. In einer solchen Abtretung sei immer zugleich die Ermächtigung des Zessionars enthalten, die Auszahlung des Geldes für den Zedenten als den zukünftigen Darlehensschuldner entgegenzunehmen. Es verstehe sich dabei von selbst, daß die Abtretung in diesem Sinne durch stillschweigende wie durch ausdrückliche Vereinbarung der Kontrahenten ausgeschlossen sein könne, so daß dann der zweite Fall des § 399 BGB. gegeben sei.

Hiernach ist also eine Abtretung des Anspruchs auf Gewährung eines Darlehens nach wie vor unzulässig. Nur ist es als eine von den Kontrahenten in der Regel gewollte Wirkung anzusehen, daß der neue Gläubiger, da er nun einmal nicht an die Stelle des bisherigen treten kann, wenigstens ein eigenes Recht auf Auszahlung der Summe erhält, mit der Wirkung, das gleichzeitig mit der Auszahlung der Valuta an den neuen Gläubiger der Darlehensvertrag zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger zustande kommt.

---

[1]) Bd. 68 S. 356.

Diese Auffassung hat sich in der Literatur bald Anerkennung verschafft.[1] Dagegen ist Oertmann[2]) der Ansicht, daß die oben dargelegten theoretischen Bedenken die Zulässigkeit der Abtretung des bloßen Anspruchs auf Auszahlung der Darlehensvaluta ausschließen. Mit Recht hebt er hervor, daß die konstruierte Wirkung einfacher auf anderem Wege zu erreichen war, z. B. durch Anweisung oder Vollmacht, mit denen alle berechtigten Bedürfnisse befriedigt werden könnten.

Es sei noch kurz hervorgehoben, daß auch die herrschende Lehre eine sehr weitgehende Ausnahme für alle diejenigen Fälle macht, wo ein Darlehen zu einem bestimmten Zweck gegeben und diesem durch die Abtretung entfremdet werden würde.

§ 5.

Die Abtretung des Anspruchs aus dem Konsensualdarlehensversprechen.

Ändern sich die obigen Folgerungen, wenn der Darlehensvertrag konsensual ist?

Nach der Konsensualkontraktstheorie kommt der Darlehensvertrag bereits mit der auf Hingabe eines Dar-

---

[1]) Enneccerus-Lehmann Bd. 1, 2 S. 401 § 364; Schollmeyer N. 3 zu § 399; Planck § 399; Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 52 S. 418; Staudinger § 399 Anm. 2c; JurW. 1909 S. 309 Nr. 4.

[2]) Bd. 2 S. 310 N. 1 a ε zu § 399.

lehens gerichteten Einigung zustande. Der eine Teil verpflichtet sich dem andern gegenüber zur Hingabe eines Darlehens. Diese erfolgt solvendi causa, nicht obligandi causa. Die Verpflichtung des anderen Teils besteht in der Rückerstattung des Gegebenen. Diese Rückerstattungspflicht entsteht nicht schon mit einer bei Abgabe und Annahme des Versprechens gegebenen Verpflichtungserklärung des Versprechensempfängers, sondern erst mit der Hingabe der Darlehensvaluta. Das Darlehensversprechen ist also nach der Konsensualvertragstheorie nicht ein Vorvertrag zu einem Darlehensvertrag, sondern der Darlehensvertrag selbst, da er mit dem Hauptvertrag unmittelbar zusammenfällt. Hieraus folgt, daß die Gründe, welche die Abtretung des Anspruchs aus dem Darlehensversprechen vom Standpunkte der Realvertragstheorie aus als unzulässig erscheinen lassen, hier nicht anwendbar sind. Es handelt sich nach der Konsensualvertragstheorie bei Hingabe der Darlehensvaluta nicht um eine Leistung aus dem Versprechen, die erst den Darlehensvertrag zustande kommen läßt, sondern um eine Leistung, die zum Zwecke der Erfüllung des Darlehensvertrages gemacht wird. Daraus folgt, daß der Versprechensempfänger hier den Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta losgelöst von einer causa obligandi hat. Er ist hinsichtlich dieses Anspruchs schlechthin Gläubiger und als solcher auch zur Abtretung des Anspruchs berechtigt.

Die Zahlung der Valuta an den Zessionar muß

aber den Zedenten, d. h. den Versprechensempfänger, zur Rückerstattung verpflichten.

Der Versprechensempfänger ist zur Rückerstattung erst mit dem Empfange der Valuta verpflichtet. Hat er bereits bei Annahme des Versprechens sich zur Rückerstattung verpflichtet, so kann er doch, solange die Hingabe der Valuta nicht erfolgt ist, nicht auf Rückgabe belangt werden. Die Übernahme der Verpflichtung zur Rückerstattung bei Annahme des Versprechens kann deshalb nur die Bedeutung haben, daß der Versprechensempfänger Darlehensschuldner werden solle, sobald der Versprechensgeber seine Pflicht aus dem Vertrage durch Hingabe der Valuta erfüllt hat.

Diese Pflicht zur Rückerstattung kann aber nicht abgetreten werden. Sie kann nur mit Zustimmung des Versprechenden von einem Dritten übernommen werden. Daraus ergibt sich, daß der Zessionar, dem der Anspruch auf Gewährung des Darlehns abgetreten ist, nicht Darlehensschuldner werden und ihn nicht die Pflicht der Rückzahlung treffen kann. Diese trifft vielmehr den Versprechensempfänger.

Eine Veränderung des Leistungsinhalts tritt hiernach für den Versprechenden nicht ein.

Vom Standpunkte der Konsensualvertragstheorie unterliegt nach alledem die Zulässigkeit der Abtretung des Anspruchs auf Auszahlung der Valuta aus einem Darlehensversprechen mit der Wirkung, daß mit der

Auszahlung an den Zessionar der Versprechensempfänger der Darlehensschuldner wird, keinem Bedenken.

§ 6.

Die Pfändbarkeit des Anspruchs aus dem Darlehensversprechen.

Im engen Zusammenhange mit der Frage nach der Abtretbarkeit des Anspruches aus dem Darlehensversprechen steht die Frage nach seiner Pfändbarkeit.

Die Zivilprozeßordnung enthält im § 851 Abs. 1 folgende Bestimmung:

> „Eine Forderung ist in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar ist".

Aus der oben vertretenen Auffassung des Darlehns als eines Realkontraktes folgt, wie wir gesehen haben, die Unübertragbarkeit des Anspruches aus dem Darlehensversprechen. Mithin ist dieser Anspruch auch der Pfändung nicht unterworfen.

Nun ist aber im § 851 Abs. 2 ZPO. weiter die Bestimmung getroffen, daß eine nach § 399 BGB. nicht übertragbare Forderung insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden kann, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist.

Wie bereits früher ausgeführt, ist das Darlehensversprechen nach der Realkontraktstheorie noch nicht das Darlehen selbst, sondern lediglich ein Vorvertrag zu diesem,

ein pactum de contrahendo. Der geschuldete Gegenstand ist also nicht Geld schlechthin, sondern der Abschluß des realen Darlehensvertrages, also ein contrahere, das sich aus einer Geldleistung oder Leistung von anderen vertretbaren Sachen und der Einigung zusammensetzt, daß diese Hingabe zu Darlehenszwecken erfolgen soll.

Ob dieser „Gegenstand" der Pfändung unterliegt, ist jetzt zu untersuchen.

Das Geld oder die anderen vertretbaren Sachen unterliegen an sich, soweit nicht besondere gesetzliche Bestimmungen Platz greifen, der Pfändung (§ 808 ZPO.), nicht dagegen die Abgabe der Willenserklärung, daß diese Valuta als Darlehen gegeben werden soll. Die Abgabe einer Willenserklärung kann zwar nach den Grundsätzen der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen (§§ 883 ff. ZPO.) vollstreckt, aber nicht gepfändet werden. Pfändung und Vollstreckung sind wohl voneinander zu scheiden. Es sind Fälle denkbar, bei welchen eine Vollstreckung möglich, während eine Pfändung ausgeschlossen ist.

Es verkauft beispielsweise ein Handwerker einen Gegenstand, der zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit unentbehrlich ist. Obwohl eine Pfändung dieses Gegenstandes gemäß § 811 Ziff. 5 ZPO. unstatthaft ist, kann der Käufer, der nach § 433 BGB. einen Anspruch auf Übergabe des Kaufgegenstandes und auf Eigentumsverschaffung hat, doch die Zwangsvollstreckung betreiben.

Ähnlich verhält es sich mit der Willenserklärung. Ihre Abgabe kann zwar durch Vollstreckung erwirkt

werden, sie kann aber nicht gepfändet werden, da eine Pfändung nur an geldwerten Gegenständen zulässig ist, wie an Mobilien, Immobilien, Forderungen und anderen Rechten. Hiernach unterliegt „der geschuldete Gegenstand" nur teilweise der Pfändung. Daraus ergibt sich aber auch die Unpfändbarkeit des Anspruches aus dem Darlehensversprechen überhaupt.

Die Vorschrift des § 851 Abs. 2 ZPO. kann daher hier nicht zur Anwendung gelangen.[1])

Stellt man sich dagegen auf den Standpunkt daß das Darlehen Konsensualkontrakt ist, so stehen der Übertragbarkeit des Anspruches aus dem Darlehensversprechen, wie wir bereits oben gesehen haben, für den Regelfall keinerlei Bedenken entgegen. Demgemäß ist auch seine Pfändbarkeit für zulässig zu erachten.

Anhang.

Der Widerruf des Darlehensversprechens nach § 610 BGB.

Im Rahmen dieser Arbeit soll noch kurz das Widerrufsrecht des § 610 BGB. behandelt werden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in diesem Paragraphen folgendes:

> „Wer die Hingabe eines Darlehens verspricht, kann im Zweifel das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils

[1]) Gaupp-Stein, ZPO. Bd. 2 § 851 Bem. 3.

eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird“.

Der das Darlehen Versprechende ist hiernach berechtigt, wenn er auf Grund des Darlehensversprechens von dem Versprechensempfänger verklagt wird, ihm den Einwand der nach Abgabe des Versprechens eingetretenen wesentlichen Verschlechterung seiner Vermögenslage entgegenzusetzen. Er leugnet damit keineswegs, daß das Darlehensversprechen gültig abgegeben sei, er bestreitet nicht das Entstandensein der Forderung überhaupt, sondern nur ihren Fortbestand, indem er eine Tatsache geltend macht, die geeignet ist, den bereits entstandenen Anspruch wieder zu beseitigen. In diesem Vorbringen ist die Erklärung des Darlehensversprechers zu finden, daß er von seinem Widerrufsrecht gemäß § 610 BGB. Gebrauch macht. Dieser Widerruf kann außergerichtlich durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgen oder auch im Prozeß in Form der Geltendmachung einer Einwendung.

Die Geltendmachung der verschlechterten Vermögenslage kann aber m. E. nicht als Einrede aus § 321 BGB. angesehen werden, weil bei einem Darlehensversprechen ein gegenseitiger Vertrag überhaupt nicht in Frage kommt.[1])

Nach der Realkontraktstheorie ist das Versprechen

---

[1]) Planck zu § 610 BGB. Anm. 1.

eines Darlehens einseitig verpflichtend. Dasselbe gilt nach der Konsensualkontraktstheorie. Hingabe und Rückzahlung stehen hier keineswegs im Verhältnis gegenseitiger Leistungen zu einander. Die Rückgabe erfolgt nicht als Entgelt für die Hingabe.

Fraglich könnte es nur sein, ob das Versprechen eines Darlehens gegen die Übernahme der Verpflichtung des Versprechensempfängers, Zinsen von dem Darlehen zu zahlen, sich als gegenseitiger Vertrag darstellt.

Sowohl nach der Realvertragstheorie als auch der Konsensualkontraktstheorie ist dies m. E. zu verneinen. Affolter ist für das konsensuale Darlehen der Ansicht, daß bei dem verzinslichen Darlehen die Unentgeltlichkeit wegfalle. Das Geschäft verliere damit den Charakter der Gefälligkeitserweisung. Der Darleiher habe hier ebenfalls ein Interesse, und der Vertrag werde zum gegenseitigen Vertrage. Der Konsens enthalte hier Versprechen und Gegenversprechen. Die Leistung sei die Hingabe des Kapitals, Gegenleistung sei die Entrichtung der Zinsen.[1])

Diese Ansicht ist m. E. nicht zutreffend. Die Verpflichtung zur Hergabe der Valuta und die Verpflichtung zur Zinszahlung stehen keineswegs im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zueinander. Die Verpflichtung des Darlehensempfängers aus dem Darlehensvertrage ist in erster Linie auf Rückzahlung der Valuta gerichtet. Wenn neben dieser Pflicht noch die Verzinsungspflicht

---

[1]) Affolter im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 4/5.

vereinbart wird, so kann es sich nur um einen Modus der Rückgabepflicht handeln. Die Pflichten des Darlehensempfängers werden vermehrt, aber diese Vermehrung steht zu der Verpflichtung zur Gewährung des Darlehens nicht in dem Verhältnis, daß die eine Leistung das Entgelt für die andere bildet. Es wird also hiernach durch die Übernahme der Verzinsungspflicht an der Natur des Darlehensversprechens als eines einseitig verpflichtenden Geschäfts nichts geändert.

Die Geltendmachung der verschlechterten Vermögenslage kann hiernach also auch bei Verzinslichkeit des Darlehens nicht als Einrede aus § 321 BGB. aufgefaßt werden, vielmehr ist sie eine Einwendung im Sinne des § 610 BGB.

§ 7.

Ergebnis.

Für die Frage der Abtretung des Anspruches auf Gewährung eines Darlehens ist die Entscheidung der Frage, ob das Darlehen sich als Real- oder als Konsensualvertrag darstellt, von entscheidender Bedeutung.

Ist das Darlehen Realvertrag, so ist die Abtretung aus den oben erwähnten Gründen unzulässig. Die Auslegung des Reichsgerichts in neuerer Zeit ist theoretisch nicht unbedenklich, da sie an die Abtretung des nackten Rechts auf Summenzahlung erinnert und in den Partei-

willen etwas hineinlegt, was die Kontrahenten augenscheinlich nicht gewollt haben.

Ist das Darlehen Konsensualvertrag, so ergeben sich hinsichtlich der Frage der Abtretbarkeit des Anspruchs auf Gewährung eines Darlehens für den Regelfall keinerlei Bedenken.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Am 3. Januar 1885 wurde ich, Wilhelm Ehrlich, in Stettin als Sohn des Direktions-Bevollmächtigten der Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft Germania in Stettin geboren, bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Ich besuchte das Stadtgymnasium in Stettin, das ich Ostern 1903 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Meinen juristischen Studien lag ich in Marburg, Berlin und Greifswald ob. Im Jahre 1907 bestand ich in Stettin die erste juristische Staatsprüfung, im Jahre 1912 in Berlin die große Staatsprüfung und im Jahre 1913 in Breslau das mündliche Doktorexamen.